

Tilburg University

Handicap en chronische ziekte

Zoontjens, P.J.J.

Published in:
Gelijke behandeling

Publication date:
2010

Document Version
Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
Zoontjens, P. J. J. (2010). Handicap en chronische ziekte. In C. J. Forder (Ed.), *Gelijke behandeling: Oordelen en commentaar 2009* (pp. 169-188). Wolf Legal Publishers (WLP).
http://www.cgb.nl/publicaties/publicatie/221043/gelijke_behandeling_oordelen_en_commentaar_2009

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Handicap en chronische ziekte

Prof. mr. P.J.J. Zoontjens

1 INLEIDING

In 2009 heeft de Commissie veertien oordelen gewezen op de grond van handicap of chronische ziekte. Dat zijn er vijf minder dan over 2008. Het aantal oordelen op het terrein arbeid bedraagt net als in 2008 elf.¹ Op het terrein onderwijs zijn het er drie (was acht in 2008), die alle het hoger beroepsonderwijs betreffen.² Over het per 1 augustus 2009 in werking getreden artikel 5b Wgbh/cz, dat over het primair en voortgezet onderwijs gaat, is in januari 2010 het eerste oordeel gepubliceerd.³ Met betrekking tot het terrein wonen,⁴ waarvoor sinds 15 maart 2009 de artikelen 6a tot en met 6c van de wet van kracht zijn, is in maart 2010 het eerste oordeel bekend geworden.⁵

Over 2009 is er één rechterlijke uitspraak bekend waarbij de Wgbh/cz is toegepast, namelijk van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State uit juni. Een vrachtwagenchauffeur, die leed aan een uit suikerziekte voortspruitende netvliesafwijking, retinopathie, kreeg op die grond een afwijzing van de stichting Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen (CBR) op zijn aanvraag voor (registratie van) een verklaring van geschiktheid voor het besturen van een vrachtwagen. Voor een rijbewijs is het in het bezit hebben van een verklaring van geschiktheid van het CBR noodzakelijk. Daarbij wordt de gezondheidstoestand van de aanvrager mede in ogenschouw genomen. De vrachtwagenchauffeur zag dus door de afwijzing zijn beroep in gevaar komen. Hij werd wel door het CBR, zij het voor een beperkte periode, geschikt geacht voor het besturen van een personenauto. Het CBR beriep zich op de toepasselijke regels. De rechtbank Rotterdam oordeelde dat de afwijzing van het CBR niet in strijd was met de Wgbh/cz. De Afdeling neemt afstand van deze uitspraak. Volgens haar valt een besluit over een verklaring van geschiktheid, gelet op de paragrafen 2 en 3 van de Wgbh/cz in onderlinge samenhang bezien, niet onder de reikwijdte van de Wgbh/cz, nu die reikwijdte is beperkt tot de maatschappelijke terreinen arbeid en beroepsopleiding. “Dat [appellant] naar zijn stelling als gevolg van de in bezwaar gehandhaafde besluiten zijn baan als vrachtwagenchauffeur is kwijtgeraakt, leidt niet tot een andere conclusie”.⁶ Deze lijn wijkt niet af van een tweetal zogenoemde KO-oordelen⁷ die de Commissie in 2007 ter zake heeft gewezen. Daarbij

1 Oordelen 2009-14, 2009-20, 2009-38, 2009-50, 2009-56, 2009-57, 2009-74, 2009-75, 2009-87, 2009-102 en 2009-127.

2 Oordelen 2009-4, 2009-62 en 2009-109.

3 Zie Oordeel 2010-2.

4 Wet van 29 januari 2009, houdende wijziging van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte in verband met de uitbreiding met onderwijs als bedoeld in de Wet op het primair onderwijs en de Wet op het voortgezet onderwijs en met wonen, Stb. 2009, 101.

5 Oordeel 2010-35.

6 ABRvS 10 juni 2009, LJN BI7221.

7 KO staat voor: kennelijk ongegrond / niet ontvankelijk / niet bevoegd.

besloot zij om een klacht tegen beslissingen van de CBR niet in behandeling te nemen, omdat de Wgbh/cz haar daartoe de bevoegdheid onttrekt: “De Commissie is slechts bevoegd om te oordelen over ongelijke behandeling in bepaalde gevallen. Om een klacht in behandeling te kunnen nemen, moet sprake zijn van ongelijke behandeling bij de arbeid (...) of bij de toegang tot en het aanbieden van beroepsonderwijs.”⁸ Evenzeer vermeldenswaard is het arrest van de strafkamer van Hof Amsterdam van november, waarin de reikwijdte van artikel 137c Wetboek van Strafrecht (Sr.) nader wordt omlijnd. Volgens artikel 137c Sr. wordt hij die zich in het openbaar, mondeling of bij geschrift of afbeelding, opzettelijk beledigend uitlaat over een groep mensen wegens hun ras, hun godsdienst of levensovertuiging, hun hetero- of homoseksuele gerichtheid of hun lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de derde categorie. De zaak concentreerde zich op uitlatingen op internet die op zichzelf beledigend waren voor homoseksuelen, negroïde personen, allochtone vrouwen en Joodse mensen. De overwegingen van het Hof hebben echter ook betekenis ten aanzien van de groep van gehandicapten.⁹ Het Hof oordeelt, mede in overeenstemming met jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) ter zake,¹⁰ dat een op zichzelf grievende uitlating haar beledigende karakter kan verliezen door de context waarin die uitlating is gedaan. In het licht van de vrijheid van meningsuiting van de verdachte is van belang of werd beoogd een bijdrage te leveren aan het maatschappelijke debat. Daarvan is in casu geen sprake. De verdachte, zo stelt het Hof vast, heeft louter de grievende woorden gebruikt om indruk op anderen te maken en niet om het publiek te informeren over een ‘matter of general or public interest’.¹¹ De verdachte uitte zijn teksten bovendien niet als politicus of journalist maar als privé-internetdeelnemer onder pseudoniem. Verder wordt door de plaatsing van de teksten op een internetsite opzet op openbaarheid bewezen geacht. Daaraan doet niet af dat internetgebruikers de site moesten aanklikken en aldus niet ‘ongevraagd’ met de uitlatingen in aanraking kwamen. “Toegang tot de feitelijke inhoud van de website, in casu de gewraakte teksten, was vrij en werd niet met een wachtwoord beschermd”.¹² Het beperkte aantal zaken in de rechtspraak en bij de Commissie staat in zekere zin haaks op de bedrijvigheid die er op het vlak van beleid en regelgeving is geweest in 2009. Daarop wordt eerst nader ingegaan in de volgende paragraaf.

8 KO-oordeel 17 oktober 2007, onder kenmerk: CGB 2007-0401 MGr, evenals KO-oordeel 21 december 2007, onder kenmerk: CGB 2007-0417 MGr.

9 Omdat in de moderne opvatting ‘handicap’ vooral als een sociaal fenomeen wordt beschouwd, zijn aanduidingen als ‘mensen met een beperking’ of ‘met een belemmering’ meer in zwang. Ik gebruik hier echter consequent de termen ‘handicap’ en ‘gehandicapte’, omdat die ook in de Wgbh/cz en het VN-Gehandicaptenverdrag worden gebruikt. Zie hierna ook paragraaf 3.1, onder het kopje “Behoeft aan heldere juridische begripsvorming”.

10 Te wijzen valt op EHRM 4 december 2003, zaaknr. 35071/97 (*Gündüz tegen Turkije*), en EHRM 6 juli 2006, zaaknr. 59405/00 (*Erbakan tegen Turkije*).

11 EHRM 4 december 2003, zaaknr. 35071/97 (*Gündüz tegen Turkije*), r.o. 44.

12 Hof Amsterdam 23 november 2009, LJN BK4139.

2 ONTWIKKELINGEN

2.1 Algemeen

Op verschillende fronten is het beleid en de regelgeving ter bescherming van de positie van gehandicapten en/of chronisch zieken in beweging. In onderstaande paragrafen zal aan een aantal specifieke onderwerpen aandacht worden geschonken. Eerst wordt hier een aantal andere onderwerpen kort aangestipt.

In 2008 is door de Europese Commissie een voorstel ingediend voor een richtlijn van de Raad betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid. Daarop is in de vorige editie van deze bundel al inhoudelijk ingegaan.¹³ Nieuwe ontwikkelingen op dit vlak, zoals het uitbrengen van het advies op het voorstel door het Europees Parlement¹⁴ en de openbaarmaking van het Kabinetsstandpunt,¹⁵ zijn al in de inleiding van de huidige bundel aan de orde gesteld.

De verplichting om passend onderwijs aan te bieden

Vermeldenswaard is verder de publicatie in november 2009 door voormalig staatssecretaris Dijkema van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (OCW) van nieuwe, bijgestelde voornemens met betrekking tot passend onderwijs.¹⁶ Onder de naam 'passend onderwijs' werden in 2005 plannen tot vernieuwing van de zorgstructuren in het funderend onderwijs geïntroduceerd. De kern daarvan bestond uit de gedachte aan invoering van een algemene wettelijke plicht voor het bestuur van een door de overheid bekostigde (openbare of bijzondere) school, waar een (zorg)leerling wordt aangemeld, om ervoor te zorgen dat die leerling een passend onderwijszorgarrangement wordt aangeboden, hetzij op de school van aanmelding zelf, hetzij op een andere school. Deze zorgplicht komt erop neer dat elke ouder die zijn kind op een school aanmeldt ervan mag uitgaan dat het kind, ongeacht diens hoedanigheid of beperking, een plaats krijgt in het onderwijs. Dat zou een revolutionaire omkering betekenen van de huidige situatie, waarin ouders van zorgleerlingen zelf maar een plek moeten zien te vinden in een versnipperd en vooral bureaucratisch vormgegeven systeem van indicatiestellingen en voorzieningen, waarbij vooral rekening wordt gehouden met de belangen van de aanbieders – de scholen – en niet de vragers, de ouders en leerlingen. In de huidige situatie komt het regelmatig voor dat ouders hun kind moeten laten thuis zitten, omdat er geen plek op een school kan worden gevonden. Bij het systeem van 'passend onderwijs' zou dat dus niet meer kunnen voorkomen. Over de zorgplicht en de te verwachten effecten, waarvan vooral die in financiële zin discussie oproepen, is sinds 2005 uitvoerig gepollderd met het scholenveld, en wel zodanig dat menigeen het zicht kwijtraakte op het eigenlijke perspectief. Met haar brief van november 2009 heeft de staatssecretaris getracht dat perspectief opnieuw centraal te stellen. De zorgplicht voor passend onderwijs zal op middellange termijn worden ingevoerd.¹⁷

13 Zie Inleiding en J. Schoonheim, Handicap en chronische ziekte, in: J.H. Gerards, P.J.J. Zoontjens (hoofredactie), *Gelijke behandeling: oordelen en commentaar 2008*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 12–13, resp. 158.

14 Wetgevingsresolutie van het Europees Parlement van 2 april 2009 (COM(2008)0426 – C6-0291/2008 – 2008/0140(CNS)).

15 Kabinetsstandpunt richtlijn gelijke behandeling buiten arbeid, brief van 16 november 2009, onder kenmerk: 2009-0000663236.

16 Heroverweging passend onderwijs, brief van 2 november 2009, kenmerk: JOZ/162739.

17 In een brief 26 januari 2010, *Kamerstukken II* 2009/10, 31 497, nr. 21, wordt de datum van 1 augustus 2012 genoemd.

Een drietal elementen valt op in de nieuwe beleidsvoornemens. De zorgplicht moet weer voorop worden gesteld. Ouders van zorgleerlingen moeten er zeker van kunnen zijn dat hun kind adequaat onderwijs krijgt. Om het aanbod dienovereenkomstig te verbreden worden scholen verplicht tot samenwerking in regionale 'samenwerkingsverbanden', die er overigens al zijn, en tot het ontwikkelen van een 'sluitend zorgaanbod'. Als het niet lukt een sluitend of dekkend aanbod te realiseren, waarbij in voldoende mate rekening is gehouden met de wensen en voorkeuren van de ouders, zou een geschillenregeling uitkomst kunnen bieden.¹⁸ In de tweede plaats valt op dat – en dat staat haaks op de hele beweging die met 'passend onderwijs' in de richting van de onderwijsvrager leek te worden gemaakt – de financiering van passend onderwijs naar de aanbieders in het samenwerkingsverband zal gaan. De rugzak (leerling gebonden financiering, een vorm van vraagfinanciering) wordt opgeheven. De samenwerkingsverbanden moeten geld en voorzieningen over de scholen flexibel verdelen, waarbij uitgangspunt is dat de scholen die de meeste zorg verlenen ook relatief de meeste middelen krijgen. Ten slotte zal de zorgplicht niet alle huidige verfoeide systemen kunnen vervangen. De aparte indicatiestelling voor toegang tot het praktijkonderwijs en het leerweg ondersteunend onderwijs binnen de middelbare scholen zal blijven bestaan.

2.2 Evaluatie Wgbh/cz

De Wgbh/cz is op 1 december 2003 in werking getreden. Artikel 13 van de wet verplicht de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) in overeenstemming met de betrokken bewindslieden van andere departementen binnen 5 jaar een evaluatieverslag uit te brengen aan de Staten-Generaal over "de doeltreffendheid en de effecten" van de Wgbh/cz in de praktijk. Bij de totstandkoming van de wet werd beoogd de rechtsbescherming en maatschappelijke participatie van mensen met een handicap of chronische ziekte te verbeteren.¹⁹ Ten behoeve van die evaluatie zijn sinds 2008 verscheidene studies verschenen.²⁰ Bij brief van 26 juni 2009 aan de Tweede Kamer heeft de staatssecretaris het standpunt van het kabinet naar aanleiding van de evaluatie verwoord.²¹

Eerst een aantal algemene feitelijke bevindingen. Uit de evaluatiestudies komt het beeld naar voren dat de Wgbh/cz goed werkt. De CGB ervaart geen grote problemen bij het uitleggen en toepassen van de wet in de praktijk. Het Verwey-Jonker Instituut

18 In *Kamerstukken II* 2009/10, 31 497, nr. 21 wordt gesproken over een geschilleninstantie die 'bindende uitspraken' kan doen. Er kunnen zich daarbij echter problemen voordoen in de afstemming met het beroep op de CGB op voet van het huidige artikel 5b van de Wgbh/cz zonder dat de regering er evenwel op ingaat. Als ouders klagen dat het kind (nog) niet is geplaatst of dat er geen rekening is gehouden met hun voorkeur voor een bepaalde school, kunnen zij zich er wellicht op beroepen dat ten aanzien van hun kind, vanwege de handicap of chronische ziekte ongerechtvaardigd onderscheid wordt gemaakt. Zie mijn: Toelating en verwijdering van zorgleerlingen, in: P.W.A. Huisman en P.J.J. Zoontjens (red.), *Selectie bij toegang tot het onderwijs. Een juridische studie over toelating en verwijdering van onderwijsdeelnemers per thema en onderwijssector*, Deventer: Kluwer 2009, p. 145-193.

19 Vgl. MvT, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 1: "Het voorliggende wetsvoorstel heeft tot doel discriminatie vanwege handicap of chronische ziekte te bestrijden en gelijke behandeling van mensen met een handicap of chronische ziekte te bevorderen".

20 De studies worden opgesomd in de in de volgende noot vermelde brief. Daarvan zijn de belangrijkste:

- Marian van der Klein, Katinka Lünemann, Dick Oudenampsen, *Beperkingen, recht en gelijkheid. Evaluatie van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte, 2003-2008*, Verwey-Jonker Instituut, Utrecht, februari 2009.
- Zonder vallen en opstaan. *Bevindingen van de Commissie Gelijke Behandeling over de werking van de Wet Gelijke Behandeling op grond van Handicap of Chronische Ziekte in de praktijk*, CGB, Utrecht, november 2008.
- Sabine Severiens, Sara Rezai, Rick Wolff, Jaap de Koning, José Gravesteyn, Olivier Tanis, Tim Beretty (RISBO/SEOR), *Studeren met een functiebeperking. Resultaten van een onderzoek onder eerstejaarsstudenten*, Serie beleidsgerichte studies hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek nr. 134, Den Haag, juli 2009.

21 *Kamerstukken II* 2009/10, 29 355, nr. 39. De navolgende opsomming van algemene bevindingen uit de evaluatiestudies is ontleend aan deze brief.

beschrijft de Wgbh/cz als helder, eenduidig en uitvoerbaar. Opvallend is dat de Wgbh/cz nauwelijks grond vormt voor een rechterlijke procedure; de toepassing van de wet vindt voornamelijk plaats door de CGB, stelt het Verwey-Jonker Instituut vast. Aan de bekendheid van de doelgroep met de wet schort nog wel het een en ander. De Commissie deelt mee dat zij veel verzoeken om informatie over de wet krijgt. Uit het onderzoek bleek verder dat slechts 50% van de bij een steekproef ondervraagden op de hoogte was van de wet. Het Verwey-Jonker Instituut signaleert daarnaast dat er misverstanden leven over de werkingssfeer van de wet, zoals dat die niet van toepassing zou zijn op sollicitaties en stages of dat de reële effecten van het oordeel van de Commissie gering zouden zijn.

In het kabinetsstandpunt wordt in reactie op het punt van de geringe bekendheid een aantal maatregelen opgesomd om de voorlichting over de wet te continueren en te verbeteren. Verder wordt er in reactie op een aantal suggesties uit de studie van de Commissie Gelijke Behandeling ingegaan op vraagstukken die het (toekomstige) bouwwerk en de strekking van de wet aangaan. Hier kan op een drietal punten worden gewezen.

In de eerste plaats reageert het kabinet inhoudelijk op de aanbeveling van de CGB om duidelijker in de wet op te nemen dat de verplichting tot het maken van doeltreffende aanpassingen primair rust op de persoon of instantie waarmee de begunstigde de *sterkste juridische band* (mijn cursivering, PZ) heeft. De Commissie lichtte deze aanbeveling als volgt toe. 'Doordat de Wgbh/ch met betrekking tot de daarin neergelegde verplichtingen niet differentieert tussen de normadressaten, impliceert een consistente wettoepassing dat de verplichting tot het maken van doeltreffende werk-aanpassingen in dezelfde mate geldt voor uitzend- en detachingsbureaus, formele en materiële werkgevers. Bij het beroepsonderwijs zou dan gelden dat deze verplichting gelijkelijk geldt voor de school als de stageaanbieder. Het is de ervaring van de CGB dat een dergelijke wetsuitleg slecht aansluit bij de praktijk. De verplichting tot het maken van doeltreffende aanpassingen rust primair op de persoon of organisatie waarmee de begunstigde de sterkste juridische band heeft, zo lijkt uit de wet te volgen. Daarentegen rust op anderen – bijvoorbeeld de stageaanbieder of inlener – de plicht het maken van aanpassingen niet te beletten of te bemoeilijken. Aldus laat de Wgbh/cz zich goed toepassen.'²²

Maar het kabinet gaat hierin niet mee. 'In het door de CGB gegeven voorbeeld waarbij een student met een handicap of chronische ziekte een aanpassing nodig heeft om voor een opleiding een stage te kunnen doorlopen, zou bij toepassing van het criterium van de sterkte van de juridische band niet de stageaanbieder maar de school verplicht zijn tot het treffen van een aanpassing op de stageplek. Anders dan de CGB is het kabinet van mening dat een dergelijke verplichting niet op een school rust. De verplichting aanpassingen te treffen bij stageaanbieders reikt verder dan de zeggenschap van de school. De school heeft slechts een inspanningsverplichting en geen resultaatsverplichting als het gaat om het verzorgen van stageplaatsen voor leerlingen/studenten en kan op grond van de Wgbh/cz verantwoordelijk worden gesteld voor de beschikbaarheid van stageplaatsen. In bovenstaand voorbeeld is aannemelijk dat, indien de school verantwoordelijk gesteld wordt voor de redelijke aanpassing bij de stageaanbieder, al gauw sprake zal zijn van een onevenredige belasting voor de school. Overigens wordt een onderscheid tussen betrokken normadressaten op basis van het criterium «sterkste juridische band» onvoldoende geacht, onduidelijk blijft waaraan een dergelijk criterium inhoudelijk getoetst moet worden. Het kabinet concludeert dat de huidige opzet van de Wgbh/cz, de CGB voldoende mogelijkheid geeft de

22 Vgl. rapport *Zonder vallen en opstaan*, a.w., p. 32.

norm te nuanceren en om per geval na te gaan op wie de verplichting rust tot het maken van een doeltreffende aanpassing.²³

In de tweede plaats wordt ingegaan op de verhouding van de Wgbh/cz tot de Wet medische keuringen (Wmk), waarbij de CGB problemen signaleert. De Wmk beschermt de sollicitant tegen onnodige aanstellingskeuringen en lekenkeuringen in de vorm van vragen naar de gezondheid en ziekteverzuim tijdens het sollicitatiegesprek. Ook sollicitanten met een (vermeende) handicap of chronische ziekte ontnemen hieraan bescherming. Volgens de CGB is de stroomlijning met de Wmk moeizaam nu deze wet een verbod bevat voor de werkgever tot het stellen van vragen of anderszins te informeren naar de gezondheidstoestand van een persoon in de precontractuele fase alsmede een verbod tot het verrichten van een geschiktheidsonderzoek. 'De beletselen die de Wmk bevat, die ook in de weg kunnen staan aan indienstneming van personen met een beperking, tracht de CGB via haar oordelen (...) te slechten door de verplichting te leggen op werkgevers en het bevoegd gezag om een oordeel over de geschiktheid van een kandidaat te motiveren, waartoe zij een aantal anderen kunnen consulteren (CGB-oordeel 2005-237). Hoewel de CGB hierbij benadrukt dat een en ander dient te geschieden binnen de kaders van de WMK, richt strikte naleving van de Wmk zich hier tegen de belangen van kandidaten met een handicap of chronische ziekte. Dit is in strijd met het uitgangspunt van Richtlijn 2000/78/EG.'²⁴

Het kabinet is zich ervan bewust dat de Wmk het tijdens een sollicitatiegesprek bespreken van de mogelijkheden tot arbeidsparticipatie van een gehandicapte of chronisch zieke sollicitant en de daartoe benodigde aanpassingen beperkt en aan regels bindt. 'De aanbeveling van de CGB is voor het kabinet aanleiding om te onderzoeken of er sprake is van een dusdanig afstemmingsprobleem tussen de Wmk en de Wgbh/cz dat daaruit een negatief effect voortvloeit op de arbeidsparticipatie van personen met een handicap of chronische ziekte. Indien er een negatief effect is op de arbeidsparticipatie van gehandicapten en chronisch zieken zal worden onderzocht of dit kan worden verholpen door een aanpassing van de Wmk, rekening houdend met de uitgangspunten van deze wet.'²⁵

Tenslotte gaat het kabinet in op het voorstel van de CGB om de werkingssfeer van de Wgbh/cz spoedig uit te breiden met het goederen- en dienstenverkeer. In het kabinetsstandpunt wordt uiteengezet dat er een beter inzicht nodig is in wat deze uitbreiding zal gaan betekenen voor de praktijk. Bij de besluitvorming daarover moeten tevens de uitgangspunten betrokken worden van het VN-Gehandicaptenverdrag en de nog niet vastgestelde brede EU-Richtlijn betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid. Deze zienswijze was al bij eerdere gelegenheid bekend gemaakt, zodat het kabinetsstandpunt hierover niets nieuws bevatte.²⁶

23 *Kamerstukken II* 2009/10, 29 355, nr. 39.

24 *Rapport Zonder vallen en opstaan, a.w.*, p. 43/44.

25 *Kamerstukken II* 2009/10, 29 355, nr. 39.

26 Brief van 29 september 2008, *Kamerstukken II* 2008/09, 29 355, 24 170, nr. 37.

2.3 VN Gehandicaptenverdrag

Ratificatie

De ratificatie van het VN Gehandicaptenverdrag²⁷ laat nog op zich wachten, maar wordt voorzien in 2010. Zie voor gedetailleerde informatie de inleiding van Caroline Forder in deze bundel. Hier past nog slechts een enkele opmerking. De regering onderschrijft de observatie dat Nederland langere tijd nodig heeft om tot ratificatie te komen dan bijvoorbeeld Duitsland. Zij wijt dat aan het hier gehuldigde 'constitutionele' principe dat voorafgaande aan ratificatie de benodigde wetswijzigingen moeten hebben plaatsgevonden, terwijl landen als Duitsland nog na ratificatie voorstellen tot wetswijziging kunnen opstellen.²⁸ Het is de vraag of Nederland een dergelijk principe kent, daarover is wel discussie mogelijk. Maar toegegeven moet worden dat de beschreven gang van zaken wel redelijk vaste praktijk van onze wetgever lijkt te zijn.

Gehandicapte vrouwen

In december 2009 verscheen een studie over de situatie van gehandicapte vrouwen in het licht van het VN Gehandicaptenverdrag dat op verzoek van het DG Werkgelegenheid, Sociale Zaken en Gelijke Kansen van de Europese Commissie tot stand is gekomen.²⁹ Is er reden om juist aan deze groep aandacht te besteden? De onderzoekers zijn voorzichtig, maar komen wel tot een aantal bevindingen. Zij constateren, voorafgaand, dat gehandicapte vrouwen zich bovenal als vrouw beschouwen. Voor zover hun identiteit wordt bepaald door hun handicap komt deze op de tweede plaats. De onderzoekers signaleren een aantal knelpunten, waarvan hier een kleine selectie volgt:

- Gehandicapte vrouwen blijven ten opzichte van andere vrouwen ondervetegenwoordigd in democratische besluitvormingsprocessen en besluitvormingsprocessen als zodanig.
- De negatieve gevolgen van samenloop van het zijn van vrouw en het hebben van een handicap komt het sterkst naar voren in de privé- en gezinssfeer. Zo worden in verschillende landen serieuze tekortkomingen gesignaleerd met betrekking tot het begeleiden van gehandicapte vrouwen bij zwangerschap en bevalling.
- De negatieve gevolgen van samenloop zijn ook sterk met betrekking tot de toegang tot het rechtsapparaat en de bescherming tegen seksueel misbruik.

Regulier en speciaal onderwijs

Artikel 24 van het VN gehandicaptenverdrag bevat het recht op onderwijs. In het tweede lid is het volgende bepaald:

- 'Bij de verwezenlijking van dit recht waarborgen de Staten die Partij zijn dat:
- a. personen met een handicap niet op grond van hun handicap worden uitgesloten van het algemene onderwijssysteem, en dat kinderen met een handicap niet op grond van hun handicap worden uitgesloten van gratis en verplicht basisonderwijs of van het voortgezet onderwijs;

²⁷ Trb. 2007, 169.

²⁸ Brief van de staatssecretaris van VWS, *Kamerstukken II* 2009/10, 29 355, nr. 45.

²⁹ Study on the situation of women with disabilities in light of the UN Convention for the Rights of Persons with Disabilities, ECOTEC, December 2009.

- b. personen met een handicap toegang hebben tot inclusief, hoogwaardig en gratis basisonderwijs en tot voortgezet onderwijs en wel op basis van gelijkheid met anderen in de gemeenschap waarin zij leven;
- c. redelijke aanpassingen worden verschaft naar gelang de behoefte van de persoon in kwestie;
- d. personen met een handicap, binnen het algemene onderwijssysteem, de ondersteuning ontvangen die zij nodig hebben om effectieve deelname aan het onderwijs te faciliteren;
- e. doeltreffende, op het individu toegesneden, ondersteunende maatregelen worden genomen in omgevingen waarin de cognitieve en sociale ontwikkeling wordt geoptimaliseerd, overeenkomstig het doel van onderwijs waarbij niemand wordt uitgesloten.'

Wat betekent deze bepaling? Is het de grondslag voor de vrije keuze van ouders voor inclusief onderwijs ten behoeve van hun gehandicapte kind, dat wil zeggen onderwijs in een gewone school, waarbij de aandacht voor diversiteit van de leerlingenpopulatie voorop staat? Dat valt moeilijk vol te houden. Het begrip 'algemeen onderwijssysteem' (general education system) lijkt te doelen op alle onderwijs dat door overheids-toedoen beschikbaar wordt gesteld, dus gewoon én speciaal onderwijs. Maar hoe moet dan de opdracht worden geïnterpreteerd dat gehandicapte kinderen op gelijke voet met anderen toegang hebben tot inclusief onderwijs? Betekent dat dan niet dat op termijn het speciaal onderwijs zoveel mogelijk moet worden ingeruild voor inclusief, gewoon onderwijs? Onze regering heeft nog niet zo lang geleden het standpunt ingenomen dat er voor het speciaal onderwijs 'plek' moet zijn en blijven.³⁰ Hoe moet dan het verdrag in dit opzicht worden geïnterpreteerd?

Op dit punt is de discussie in Nederland nog niet gestart. Wel gaat hierover een aan de regering van het Verenigd Koninkrijk uitgebracht advies van het gezamenlijke mensenrechtencomité, samengesteld uit leden afkomstig uit het Britse Lager- en Hogerhuis.³¹ Het comité signaleert twee tegengestelde visies over artikel 24 van het verdrag. Volgens de ene visie is er een voorbehoud en een interpretatieve verklaring van de zijde van het Verenigd Koninkrijk noodzakelijk om te verzekeren dat kinderen kunnen blijven kiezen voor speciale scholen, als hun onderwijs- en ontwikkelingsbehoefte niet op een andere wijze kunnen worden tegemoet getreden. Volgens de andere visie is een verdragsvoorbehoud niet noodzakelijk en niet te rijmen met het in het verdrag neergelegde basisidee van progressieve verwezenlijking van inclusief onderwijs (in reguliere scholen). Volgens sommigen zou met een verdragsvoorbehoud het Verenigd Koninkrijk zelfs openlijk kunnen aangeven dat gesegregeerde speciale scholen altijd een rol zullen spelen in zijn onderwijsstelsel. In zijn advies stelt het Britse Gezamenlijke Mensenrechtencomité vast dat het onderschrijven van het principe van progressieve verwezenlijking van inclusief onderwijs in reguliere scholen nog niet betekent dat speciale scholen moeten worden opgeheven, maar het onderkent ook dat de verdragsbepaling aldus kan worden geïnterpreteerd.

Deze discussie lijkt niet zonder betekenis voor de Nederlandse praktijk, nu duidelijk is dat Nederland geen verdragsvoorbehoud kent maar wel hecht aan het voortbestaan aan het speciaal onderwijs, zoals dat is geregeld in de Wet op de expertisecentra. Volgens het Britse advies zou een staat die geen voorbehoud ter zake heeft gemaakt, aanvaarden – of althans niet de mogelijkheid uitsluiten – dat het speciaal onderwijs

30 *Kamerstukken II* 2009/10, 31 497, nr. 17, p. 5.

31 House of Lords / House of Commons, Joint Committee on Human Rights, UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Reservations and Interpretative Declaration, Twelfth Report of Session 2008–09, HL Paper 70, HC 397, 17 April 2009 p. 15–17.

op termijn moet verdwijnen. Zien wij de problemen echt anders dan de Britten? Hoe zullen rechters straks met deze kennelijk niet eenduidige verdragsbepaling omgaan? Kortom, ook in Nederland zou de discussie hierover wel eens kunnen starten.

2.4 Adviezen CGB

Amvb 'openbaar vervoer', toetsing van overheidshandelen

In juni 2009 bracht de Commissie advies uit aan de staatssecretaris van VWS over de conceptversie van een amvb ter uitwerking van artikel 8 Wgbh/cz met betrekking tot openbaar vervoer.³² Deze amvb is begin 2010 nog niet vastgesteld en gepubliceerd. De amvb geeft invulling aan de te verrichten aanpassingen op grond van het nog in werking te treden artikel 8 Wgbh/cz:

1. Onderscheid is verboden bij:
 - a. het verlenen van de voor het reizen vereiste toegang tot de bij het openbaar vervoer behorende gebouwen en infrastructuur;
 - b. het aanbieden van openbaar-vervoersdiensten en reisinformatie;
 - c. het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten met betrekking tot openbaar vervoer.
2. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld over de ingevolge het eerste lid, in samenhang met artikel 2, te verrichten aanpassingen als bedoeld in dat artikel.

Volgens het eveneens nog in werking te treden artikel 7 Wgbh/cz moet onder *openbaar vervoer worden verstaan*: voor een ieder openstaand personenvervoer volgens een dienstregeling met een bus, trein, metro, tram of een via een geleidesysteem voortbewogen voertuig; en onder *reisinformatie*: informatie over de dienstregeling met de geldigheidsduur daarvan, gegarandeerde overstapmogelijkheden binnen de dienstregeling, wijzigingen van de dienstregeling en over tarieven en de daarbij behorende zone-indeling.

In het advies komt een aantal principiële punten aan bod. De CGB geeft aan dat het bij klachten van individuele reizigers met het openbaar vervoer zal moeten beoordelen of de verlangde aanpassing in redelijkheid kan worden geleverd van de vervoerder, de relevante OV-autoriteit of de concessiegever. Dit veronderstelt marginale toetsing. Omdat die marginaal is geeft de Commissie in overweging ook andere instrumenten in te zetten – van toezicht en handhaving – om de afspraken te laten nakomen.

Verder stelt de CGB zich de vraag of handelingen van de beheerder van een bus- of tramhalte wel door haar kunnen worden getoetst. De haltes worden immers beheerd door een overheidsinstantie, een gemeente. Dit is een typische publiekrechtelijke taak, zodat er alleen eenzijdig overheidshandelen uit kan volgen. Zoals bekend onthoudt de Commissie zich in het algemeen van toetsing bij eenzijdig overheidshandelen.³³ Maar zij stelt zich hier de vraag of dat uitgangspunt bij de betreffende materie juist zou zijn. 'Het is denkbaar dat de CGB bevoegd zou kunnen zijn om het handelen van beheerders van infrastructuur te toetsen, nu het verbod van onderscheid bij openbaar vervoer nadrukkelijk in de Wgbh/cz is opgenomen, de CGB op grond van artikel 12 bevoegd is ten aanzien van de Wgbh/cz en uit de toelichting op de AMvB blijkt dat de beheerders van bus- en tramhaltes en metroperrons uitdrukkelijk norm-

³² CGB-advies/2009/06, 15 juni 2009.

³³ Zie P.J.J. Zoontjens, De uitzondering inzake 'eenzijdig overheidshandelen', in: M.L.M. Hertogh en P.J.J. Zoontjens (red.), *Gelijke behandeling: principes en praktijken. Evaluatieonderzoek Algemene wet gelijke behandeling*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 117-174.

adressaten zijn. Het is verdedigbaar te stellen dat hiermee de bevoegdheid van de Commissie is gegeven, ook indien sprake is van eenzijdig overheidshandelen. Als dit anders zou zijn, zou de rechtsbescherming van personen met een handicap of chronische ziekte te zeer worden uitgehold. Een individuele verzoeker met een klacht over een bus- of tramhalte of over een metroperron kan dan immers alleen bij de rechter terecht en niet bij de CGB. Dit is naar de mening van de Commissie in strijd met de bedoeling van de Wgbh/cz. Als deze conclusie wordt gedeeld, dan dient hiervan in de AMvB en in de toelichting expliciet melding te worden gemaakt.³⁴

Implementatie IVESC

Al sinds jaren geldt het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele rechten³⁵ in onze rechtsorde. Op de toepassing van dat verdrag wordt toezicht gehouden door het VN-Comité inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten, dat verdragspartijen adviseert op basis van door hen aangeleverde landenrapporten. De CGB heeft in november 2009 advies uitgebracht over een recent door Nederland voorbereide rapportage. Een kleine passage is voor dit overzicht van belang. De Commissie oordeelt dat het een omissie is dat in de rapportage geen aandacht wordt geschonken aan de grond handicap/chronische ziekte. 'According to the information the ETC (= Equal Treatment Commission) has on this subject, many disabled or ill men and women are often unable to exercise their economic, social and cultural rights effectively in the Netherlands. As table 1 shows (see Appendix), the number of complaints about discrimination on the ground of disability or chronic illness the ETC investigates on an annual basis (in the period 2004 through 2008) is 13 % on average. Of these complaints, most concern the labour market. Available figures show that in 2006, 40% of disabled persons had a job while general employment in the same period was at 76%. Moreover, 66% of the employers prefer employees without a disability because they expect a lower productivity and a raise in (bedoeld is: an increase of, PZ) sick leave hours. Research shows that these expectations (are) wrong, however. The increasing interest in preferential policies among many companies and government organizations usually does not concern people with a disability or chronic illness, even though the equal treatment legislation makes this possible for this category. These are issues of concern for the ETC.'³⁶

3 OORDELEN ARBEID

3.1 Handicap, chronische ziekte en beperkingen

Over wat onder handicap of chronische ziekte moet worden verstaan laat de wet zich niet uit. Uitgangspunt is, aldus de memorie van toelichting bij de wet, dat het moet gaan om situationeel bepaalde beperkingen die een handicap of een chronische ziekte met zich mee kunnen brengen en niet om nauw te omschrijven eigenschappen van een persoon. Er worden verder wel enige algemene handvaten voor een begripsbepaling gegeven: handicaps en chronische ziekten kunnen fysiek, verstandelijk of psychisch van aard zijn. Een handicap is voorts in beginsel onomkeerbaar. Een chro-

³⁴ CGB-advies/2009/06, *a.w.*, p. 12.

³⁵ Trb. 1969, 100; herziene versie Trb. 1978, 178.

³⁶ Comments on the combined fourth and fifth Dutch report on the implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights from Dutch Equal Treatment Commission, November 2009.

nische ziekte is dat soms niet, maar is in ieder geval langdurig van aard.³⁷ Artikel 1, onder b, van de wet bevat daarnaast een verbod tot het maken van onderscheid op grond van een werkelijke of vermeende handicap of chronische ziekte.

Vermeende handicap

In verschillende oordelen stelt de Commissie zich de vraag of er sprake is van een voor de toepassing van de wet relevante handicap of chronische ziekte. In oordeel 2009-56 werd verboden onderscheid op grond van een vermeende handicap vastgesteld. Een vrouw solliciteert bij een ziekenhuis voor de functie van leerling-verpleegkundige. Zij had een aangeboren afwijking aan haar knieën, maar na een tweetal operaties ondervond zij daarvan geen klachten meer. Zij had in haar sollicitatiebrief aangegeven dat zij de operaties had ondergaan. Na een paar gesprekken krijgt zij telefonisch van het ziekenhuis te horen dat zij is afgewezen. In de bevestigende e-mail van de projectleider beroepsopleidingen van het ziekenhuis staat onder meer het volgende te lezen: 'Het spijt me je te moeten meedelen dat het echt niet alleen de knie was.' Nadat de sollicitante hierover een klacht heeft ingediend bij de Commissie, doet het ziekenhuis alle moeite om duidelijk te maken dat de afwijzing is geschied op inhoudelijke gronden. Volgens het ziekenhuis werd de knieafwijking steeds door de vrouw ter sprake gebracht, het ziekenhuis reageerde hier vervolgens op. Ook de e-mail van 18 februari 2009 was een reactie op een e-mail van de vrouw, waarin zij haar knieafwijking in relatie tot de afwijzing ter sprake bracht en zelfs tot een centraal thema maakte. Uit de e-mail blijkt volgens het ziekenhuis niet dat de knieafwijking de reden was voor de afwijzing. Volgens hem wordt namelijk verderop in de e-mail gezegd dat mensen een nieuwe kans moeten krijgen en dat de vrouw die ook had gekregen als het ziekenhuis in haar een goede kandidaat had gezien. De Commissie gaat echter niet mee in het verweer van het ziekenhuis. Volgens de Commissie kan het ziekenhuis niet bewijzen dat verzoeksters vermeende handicap niet *mede* een rol heeft gespeeld bij de afwijzing. Het ziekenhuis heeft daarom het vermoeden van onderscheid niet weerlegd. De Commissie concludeert dat er direct onderscheid is gemaakt, waarvoor geen rechtvaardigingsgrond ingevolge artikel 3 van de wet geldt.

Wsw-indicatie

In twee gevallen is er sprake van een klager die een Wsw-indicatie bezit. Wsw staat voor de Wet sociale werkvoorziening.³⁸ Deze wet is bedoeld om mensen met een arbeidshandicap aan een aangepaste baan te helpen. Dat kan bij een sociaal werkvoorzieningsbedrijf,³⁹ maar ook – met behulp van begeleiding – bij een regulier bedrijf. Er is sprake van een arbeidshandicap als iemand door verstandelijke en/of lichamelijke en/of psychische beperkingen niet in staat is om zelfstandig bij een regulier bedrijf te werken. Niet iedereen met een beperking komt voor de Wsw in aanmerking. Een persoon moet daarvoor worden geïndiceerd door het Uitvoeringsinstituut voor Werknemersverzekeringen (UWV). In oordeel 2009-127 wordt een direct verband gelegd tussen Wsw-indicatie en handicap of chronische ziekte: 'Op grond van de Wsw wordt een Wsw-indicatie verstrekt

³⁷ Kamerstukken II 2001/02, 28 169, nr. 3, p. 24.

³⁸ Wet van 11 september 1997, *Stb.* 1997, 465.

³⁹ Uit de artikelen 2 en 3 Wsw kan men afleiden dat het bij een sociaal werkvoorzieningsbedrijf gaat om een door het college van burgemeester en wethouders aangewezen privaatrechtelijke rechtspersoon, die werknemers in dienst heeft die arbeid verrichten onder aangepaste omstandigheden. Daarbij is de arbeid gericht op het behouden dan wel het bevorderen van de arbeidsbekwaamheid van de werknemer mede met het oog op het kunnen gaan verrichten van arbeid onder normale omstandigheden.

aan personen die nog niet de leeftijd van 65 hebben bereikt en die door lichamelijke, verstandelijke of psychische beperkingen uitsluitend onder aangepaste omstandigheden tot regelmatige arbeid in staat zijn. Een Wsw-indicatie is daarom rechtstreeks gerelateerd aan handicap en/of chronische ziekte. Op grond hiervan concludeert de Commissie dat Wsw-medewerkers in principe de bescherming van de Wgbh/cz genieten.⁴⁰ Dit is een duidelijke lijn die correspondeert met vroegere oordelen.

In oordeel 2009-38 lijkt echter een meer omslachtige, inhoudelijke benadering te worden gevolgd. Op grond van zijn gedrag wordt door het college van burgemeester en wethouders van Gouda besloten de detacheringsovereenkomst met een Wsw-geïndiceerde werknemer voor werk op de afdeling post- en archiefzaken van de gemeente niet te verlengen. Over de vraag of er een handicap en/of chronische ziekte bij de klager aan de orde is, overweegt de Commissie als volgt: 'Tussen partijen is niet in geschil dat verzoeker sociale beperkingen heeft en dat deze kunnen gelden als handicap in de zin van de Wgbh/cz. Verzoeker heeft een matig inlevingsvermogen en matige communicatieve en sociale vaardigheden. Voorts is onweersproken dat verzoeker een gebrek heeft aan empathisch vermogen, emotionele intelligentie en sociale weerbaarheid en dat dit ook – grofweg – de redenen waren voor de Wsw-indicatie. Op grond van het bovenstaande concludeert de Commissie dat verzoeker een handicap heeft in de zin van de Wgbh/cz.'

Waarom wordt hier niet met de simpele vermelding van de Wsw-indicatie volstaan om de toepasselijkheid van de Wgbh/cz vast te stellen, zoals in het bovenstaande oordeel, maar wordt daarvoor de aard van de Wsw-indicatie inhoudelijk verkend? Het verschil in benadering zou te maken kunnen hebben met het verschil in casuïstiek. In oordeel 2009-127 is sprake van een man met een Wsw-indicatie die al jarenlang als financieel medewerker is gedetacheerd binnen een sociaal werkvoorzieningsbedrijf. Op het moment dat de man wilde solliciteren voor de functie van financieel medewerker in een regulier bedrijf, en de organisatie aangaf dat hij daarvoor eerst een herindicatie bij de UWV diende te ondergaan, kwam de vraag aan de orde of, en op welke grond, hier onderscheid werd gemaakt. Op zich kan dan met een tamelijk formele classificatie van de grond handicap of chronische ziekte, door aan te knopen bij een Wsw-indicatie, worden volstaan. In oordeel 2009-38 wordt aan een meer dan vijf jaar durende werkrelatie een eind gemaakt op grond van de inschatting, van de zijde van de werkverschaffer, dat de betrokken gedetacheerde werknemer in verband met zijn gedrag niet meer zal kunnen voldoen aan de eisen die na de reorganisatie van de afdeling post- en archiefzaken zullen gelden. In die context ligt het uiteraard voor de hand dat de aard van de beperkingen meer over het voetlicht worden gebracht. Maar dat lijkt toch onvoldoende reden om voor het feitelijk aannemen van de toepasselijkheid van de grond handicap of chronische ziekte ook die omslachtige benadering te kiezen. Waarom de Commissie daarvoor wel heeft gekozen, kan op grond hiervan niet inzichtelijk worden gemaakt. Misschien dat het onderstaande daarvoor meer handvatten biedt.

Behoefte aan heldere juridische begripsvorming

De eerste volzin van de hierboven geciteerde overweging uit oordeel 2009-38 roept nog een andere vraag op. De volzin luidt: 'Tussen partijen is niet in geschil dat verzoeker sociale beperkingen heeft en dat deze kunnen gelden als handicap in de zin van de Wgbh/cz.' Hier wordt het begrip 'beperking' op één lijn gesteld met 'handi-

⁴⁰ Zie reeds oordeel 2004-161.

cap'.⁴¹ Dat lijkt in tegenspraak met wat de wet beoogt. En het is wellicht ook niet consistent met bijvoorbeeld oordeel 2009-102, waarin in overweging 3.18 wordt gesproken van 'met de chronische ziekte samenhangende beperkingen'.

Terug naar de wet. Als in de memorie van toelichting wordt gesteld – zie het begin van deze paragraaf – dat de kern van de bescherming van de wet is gericht op 'situationeel bepaalde beperkingen' die een handicap met zich mee kan brengen, wordt er uitgegaan van een semantisch onderscheid tussen 'beperkingen' en 'handicap'. De vraag is nu: wat verstaan we onder 'beperkingen' en 'handicap' in juridische zin? Ik heb niet de indruk dat de memorie van toelichting bij de wet of de oordelen van de Commissie hierin veel helderheid brengen. 'Beperkingen' en 'handicap' worden niet zelden door elkaar gebruikt, terwijl kennelijk een onderscheid beoogd is. Daarnaast lijken de termen ook nog eens van betekenis te wisselen, al naar gelang het oordeel. De vraag is natuurlijk of dat erg is. De gemiddelde burger die zich met een klacht bij het CGB meldt zal geen boodschap hebben aan de juiste hantering van dat onderscheid. Het belang van een goede begripsbepaling is dan ook vooral theoretisch. Als het onderscheid tussen 'beperking' en 'handicap' niet helder is, en de begrippen op een bepaald moment qua betekenis worden onderscheiden en dan weer door elkaar worden gebruikt, weten we niet precies wat de Commissie of de rechter bedoelt als deze moet vaststellen, op grond van wet, dat er wel of geen onderscheid wordt gemaakt 'tussen personen op grond van een werkelijke of vermeende handicap'.

Van het begrip 'handicap' wordt in de Wgbh/cz weliswaar melding gemaakt, maar ontbreekt een omschrijving. Die is evenmin aanwezig in de Europese richtlijn die bij deze wet is geïmplementeerd.⁴² Het enige juridisch relevante document dat ons verder kan brengen is het VN-Gehandicaptenverdrag. Artikel 1 van dat verdrag omschrijft 'personen met een handicap' als volgt: 'personen met langdurige fysieke, mentale, verstandelijke of zintuiglijke beperkingen die hen in wisselwerking met diverse drempels kunnen beletten volledig, daadwerkelijk en op voet van gelijkheid met anderen te participeren in de samenleving'.⁴³ Men kan hieruit afleiden dat het begrip 'handicap' het resultaat vormt van een afweging tussen het (objectieve, medisch vaststelbare) gegeven van iemands langdurige beperking enerzijds en de confrontatie van deze beperking met de fysieke omgeving anderzijds. Als de beperking nadelige effecten met zich brengt voor de betreding of benutting van de fysieke omgeving (of sociale ruimte) wordt de betreffende persoon een 'handicap' toegerekend. 'Handicap' staat in dit geval niet voor een bepaalde persoonlijke hoedanigheid, maar voor een zekere mate van sociaal nadeel, mede als gevolg van die hoedanigheid. Hoewel het VN-Gehandicaptenverdrag in de authentieke Engelse versie het woord 'handicap' niet kent, lijkt aldus het woord in de originele Engelse betekenis te worden hersteld: nadeel, belemmering of hindernis.

Het verdrag laat in de begripsvorming een afwegingsschema zien dat feitelijk voorafgaat aan het oordeel over wel of geen onderscheid op grond van handicap. Dit afwegingsschema zou aan het werk van de Commissie grote diensten kunnen bewijzen. Immers, aan elk oordeel over handicap heeft de Commissie in wezen dezelfde soort afweging ten grondslag gelegd als hierboven is omschreven, zij het dat het aan helderheid van begripsvorming te wensen over bleef. Dat afwegingsschema zou aan de hand van drie stappen kunnen worden gekarakteriseerd, waarbij in het belang van

41 In dit onderdeel van deze paragraaf wordt steeds waar kortheidshalve wordt gesproken over 'handicap' ook 'chronische ziekte' bedoeld.

42 Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, PbEG nr. L 303 van 02/12/2000, blz. 0016-0022.

43 In de authentieke Engelse versie: "Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others."

een heldere terminologie onderscheid wordt gemaakt tussen de begrippen beperking, belemmering en handicap.⁴⁴

1. Wat is de aard van de medisch vastgestelde beperking?
2. Tot welke belemmeringen leidt de beperking bij betreding of benutting van de fysieke omgeving (sociale ruimte)?
3. Is er sprake van een handicap van de betreffende persoon in vergelijking met anderen?

Daarna komt de Commissie, zoals gezegd, pas toe aan de vraag met betrekking tot wel of geen (gerechtvaardigd) onderscheid op grond van handicap.

Het ligt voor de hand dat het VN-Gehandicaptenverdrag van invloed zal kunnen zijn op het werk van de Commissie. Ratificatie hoort niet alleen te leiden tot de aanpassing van nationale wetgeving, ook is het van belang dat er in de praktijk zoveel mogelijk verdragsconform bij de interpretatie van open begrippen te werk zal worden gegaan.⁴⁵ Als we het afwegingsschema volgen, kunnen we constateren dat in de toepassingspraktijk van de Commissie de beperking het eerste aanknopingspunt is om een vermoeden van een handicap aan te nemen. Zie bijvoorbeeld de oordelen 2009-14 (fibromyalgie) en 2009-57 (nekhernia). Waar een concreet medisch aanknopingspunt voor het aannemen van een beperking ontbreekt, zoals bij de Wsw-er in oordeel 2009-38, lijkt het gegeven van de belemmering voorop te staan. Dit zou er dan ook de achtergrond van kunnen zijn dat in het laatstgenoemde oordeel zo inhoudelijk op de vraag naar de toepasselijkheid van de wet wordt ingegaan.

3.2 *Discriminerende bejegening*

Bij twee oordelen is het aspect van bejegening aan de orde geweest, dat volgens vaststaande oordelenlijn wordt betrokken op het verbod van onderscheid bij arbeidsomstandigheden (zie oordeel 2009-38 en artikel 4, aanhef onderdeel h, Wgbh/cz). In oordeel 2009-20 was sprake van een vrouw die vanaf 1979 vrijwel continu als leidinggevende werkzaam was bij een verzekeraar, en bij wie op een bepaald moment in 2007 ongeneeslijke borstkanker werd geconstateerd. De vrouw was juist dat jaar bezig met een opleiding waarin zij kennis opdeed met betrekking tot toekomstige reorganisaties. Maar als gevolg van de diagnose gaf zij aan dat zij terug wilde naar de afdeling waar zij het grootste deel van haar carrière gewerkt had. Dat verzoek werd gehonoreerd. Zij kreeg de functie van stafmedewerker met een 'vrije' opdracht om knelpunten binnen de organisatie te signaleren en oplossingen daarvoor aan te dragen. In de loop der tijd bleek echter dat zij steeds meer geïsoleerd en genegeerd werd. Zij kreeg geen aansturing van haar direct-leidinggevende en werd niet of nauwelijks uitgenodigd voor overleggen, vergaderingen en informele bijeenkomsten. De werkgever voerde aan dat hij de betrokkene wilde ontzien en dus uit goede intenties handelde. De Commissie neemt niettemin een ernstige vorm van discriminerende bejegening aan: hoe goed de intenties van de werkgever ook geweest mogen zijn, dit neemt niet het discriminerend effect van de behandeling weg; in ieder geval kan dat niet als bewijs dienen dat de werkgever niet in strijd met de wet heeft gehandeld.

In oordeel 2009-38 komt de bewijslast aan de orde. Krachtens artikel 10, eerste lid, Wgbh/cz dient de verzoekende partij feiten aan te voeren die onderscheid op grond

⁴⁴ Deze terminologie betreft een voorstel voor de toekomst. Bij mijn beschrijving van de oordelen, in paragrafen 3 en 4, wordt van deze terminologie nog geen gebruik gemaakt. Er wordt daarbij zoveel mogelijk aangesloten bij de formuleringen die door de Commissie in de oordelen zijn gebruikt.

⁴⁵ Te vergelijken met het belang van het Internationale Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van ras- en seksdiscriminatie (Trb. 1967, 48) voor de interpretatie van het begrip 'ras'.

van handicap of chronische ziekte kunnen doen vermoeden. Indien de verzoekende partij hierin slaagt, is het aan de verwerende partij om te bewijzen dat niet in strijd met de wet is gehandeld. In het gegeven oordeel faalt de verzoeker. Omdat en voor zover deze door de andere partij worden tegengesproken, kunnen de gestelde feiten niet het vermoeden vestigen, aldus de Commissie, dat jegens de verzoeker onderscheid is gemaakt door de wijze waarop hij is bejegend. Ook kwam de vraag aan de orde of de gestelde feiten over de discriminerende bejegening door de projectmanager aan de verwerende partij (gemeentebestuur Gouda) kunnen worden toegerekend. De verzoeker is immers niet in dienst van de gemeente, maar op basis van een detacheringsovereenkomst bij haar werkzaam. De Commissie ziet hierin geen probleem en vaart op eerdere oordelen daaromtrent.⁴⁶ Zij meent dat in dit soort omstandigheden de wijze waarop een verzoeker door een collega wordt bejegend, alleen dan rechtstreeks aan de verweerder kan worden toegerekend, als de betreffende collega feitelijk gezag uitoefent over verzoeker.

3.3 *Aanpassingen*

Een viertal oordelen heeft betrekking op de verplichting aanpassingen te verrichten, als bedoeld in artikel 2 Wgbh/cz. Daarin staat: "Het verbod van onderscheid houdt mede in dat degene, tot wie dit verbod zich richt, gehouden is naar gelang de behoefte doeltreffende aanpassingen te verrichten, tenzij deze voor hem een onevenredige belasting vormen". De betreffende oordelen bestrijken verschillende facetten van de betekenis en reikwijdte van artikel 2 van de wet. Om een volledig overzicht te bieden, zijn hier ook oordelen met betrekking tot onderwijs bij betrokken. In paragraaf 4.1 wordt aan de hand van de desbetreffende oordelen specifiek op de problematiek van aanpassingen in het onderwijs ingegaan.

Het is vaste lijn in de oordelen van de Commissie dat de verplichting tot het verrichten van aanpassingen dan pas ontstaat als de partij die daarop mogelijk een aanspraak kan doen gelden een uitdrukkelijk verzoek daartoe aan zijn werkgever heeft gedaan. Dat verzoek dient doorgaans, maar niet altijd, gespecificeerd te zijn. Uit oordeel 2009-87 kan men opmaken dat, als de werkgever bekend was met het progressieve verloop van de ziekte van betrokkene en hij een (nieuw) verzoek om aanpassingen kon verwachten maar nalaat het initiatief te nemen om met betrokkene daarover te overleggen, betrokkene dan niet kan worden tegengeworpen dat zij haar behoefte aan aanpassingen niet heeft gespecificeerd. Het is dus zeker niet zo dat de werkgever rustig kan afwachten totdat hem een verzoek om aanpassing bereikt. Onder omstandigheden dient hij zelf met de betrokkene contact op te nemen en te overleggen of er, en zo ja welke soort van aanpassingen geboden zijn.

In het algemeen is er geen probleem als de aanpassing in overeenstemming met de betrokkene wordt verricht. Als er aanpassingen tussen partijen zijn afgesproken, kan niet achteraf door de verwerende partij de noodzaak van aanpassingen ter discussie worden gesteld (oordeel 2009-4). Voor zover de werkgever zou menen dat het verzoek voor hem een onevenredige belasting met zich brengt en daarom de verplichting niet geldt, mag hij daarbij niet over één nacht ijs gaan. Hij zal dan eerst deugdelijk moeten onderzoeken of de met de handicap of chronische ziekte samenhangende beperkingen kunnen worden opgeheven door één of meer aanpassingen (oordelen 2009-38, 2009-50 en 2009-87) of zal zich daarbij moeten baseren op algemene opvattingen over wat een persoon met een functiebeperking wel en niet

⁴⁶ Zie bijvoorbeeld oordeel 2008-124.

kan (oordeel 2009-102). Bij geboden onderzoek kan het van het geval afhangen of er professionele deskundigheid moet worden ingeschakeld (oordelen 2009-38 en 2009-102). Ook wanneer het een tijdelijke functie betreft, geldt in principe de verplichting tot het verrichten van aanpassingen (oordeel 2009-50).

De aanpassingen moeten doeltreffend zijn. Ook op basis van oordelen uit het verleden betekent dat het volgende: als kan worden vastgesteld dat de betrokkene door zijn beperkingen wezenlijke taken van zijn functie niet kan uitvoeren dient de aanpassing erop gericht te zijn deze beperking op te heffen. Wanneer er geen doeltreffende aanpassing mogelijk is, is er sprake van ongeschiktheid van de betrokkene voor de functie en is er geen sprake van onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte (oordelen 2009-50 en 2009-102). Doeltreffende aanpassingen zijn verder aan een redelijke termijn gebonden. De werkgever is gehouden om, zodra hij bekend is met de behoefte aan een aanpassing, voortvarend te werk te gaan.⁴⁷ Wanneer pas een jaar later wordt beslist op een verzoek is de redelijke termijn overschreden (oordeel 2009-62).

Er is geen sprake van een aanpassing, als een andere functie wordt aangeboden. Bij het verrichten van doeltreffende aanpassingen gaat het om het faciliteren van het uitoefenen van wezenlijke taken die bij de eigen functie horen. Het aanbieden van een andere functie valt dus buiten de reikwijdte van artikel 2 Wgbh/cz (oordelen 2009-20 en 2009-87).

3.4 *Arbeidsvoorwaarden*

De gelijkkluidende oordelen 2009-74 en 2009-75 hebben betrekking op de hoogte van een door de staatssecretaris van financiën toegepaste reiskostenvergoeding, waarbij hem indirect onderscheid wordt verweten. Een werknemster kan vanwege haar handicap niet met het openbaar vervoer naar haar werk reizen. Zij reist om die reden met haar auto naar het werk. De vrouw ontvangt een reiskostenvergoeding op basis van de zogenaamde hoge kilometervergoeding (16 cent per kilometer) die lager is dan de prijs van de voor dat traject geldende OV-jaarkaart. Naar blijkt zou met de OV-jaarkaart vergoeding als maatstaf, de werknemster meer tegemoet gekomen kunnen worden in de feitelijk gemaakte reiskosten. Is de handelwijze van de staatssecretaris aanvaardbaar? De werknemster voert aan dat zij in het verleden – per 1 januari 2003 – een vergoeding ontving welke was gebaseerd op de kosten voor het openbaar vervoer. Per 1 januari 2007 ging de reiskostenvergoeding, na verloop van een overgangsregeling, omlaag. Deze werd weer ingetrokken nadat in een eerder oordeel van de Commissie de staatssecretaris daarbij indirect onderscheid werd verweten.⁴⁸ Per 1 januari 2008 gold daarom weer de oude regeling die per 1 juli 2008 weer werd vervangen door het systeem van de hoge kilometervergoeding, omdat er op die datum een Rijks-cao in werking trad waarin dat was bepaald. Het verschil tussen het (hogere) OV tarief en de (lagere) hoge kilometervergoeding bedraagt voor de werknemster een kleine 30 Euro per maand in haar nadeel.

De Commissie acht indirect onderscheid aanwezig. De hoge kilometervergoeding geldt voor hen die de plaats van tewerkstelling niet of niet doelmatig per openbaar vervoer kunnen bereiken. Niet de handicap, maar het feitelijke reisgedrag is datgene waarop de regeling zich richt. Maar het systeem leidt wel tot benadeling van de groep van gehandicapten die het woon/werktraject wel doelmatig per openbaar vervoer

⁴⁷ Volgens de regering, bij de parlementaire behandeling van het voorstel van de Wgbh/cz, dient een aanpassing “vanzelfsprekend binnen een redelijke termijn plaats te vinden” (*Kamerstukken II* 2001/02, 28 169, nr. 5, p. 13). Zie in het verlengde daarvan ook oordelen 2005-11 en 2005-18.

⁴⁸ Oordeel 2007-209.

hadden kunnen afleggen als zij niet arbeidsgehandicapt waren geweest. Voor het indirecte onderscheid acht de Commissie geen rechtvaardigingsgrond aanwezig. De werkgever heeft aangevoerd dat om praktische redenen is gekozen voor een kilometervergoeding in plaats van een vergoeding die gelijk is aan de hoogte van de kosten voor een OV-jaartrajectkaart. De Commissie acht het middel evenwel niet proportioneel aangezien niet aannemelijk is dat het individueel berekenen van de kosten van een OV-jaartrajectkaart niet eveneens praktisch uitvoerbaar is en om die reden kan gelden als een geschikt alternatief middel.

Interessant was in deze oordelen nog het verweer van de staatssecretaris dat hij niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor een reiskostenvergoedingsregeling welke hij slechts uitvoert en waarvoor een ander ministerie, in dit geval het ministerie van BZK samen met de sociale partners verantwoordelijk is. Met andere woorden: de klacht die tegen hem bij de Commissie was ingediend diende eigenlijk een ander te betreffen en zou dus niet ontvankelijk moeten worden verklaard. Maar dit betoog wordt verworpen. 'Immers, verweerder is het bevoegd gezag bij wie verzoekster in openbare dienst is aangesteld. Verweerder heeft als zodanig een eigen verantwoordelijkheid bij de uitvoering van een regeling als hier voorligt. Dat de regeling in overleg met cao-partners tot stand is gekomen doet daaraan niet af (zie onder andere HvJ EG 31 mei 1995, nr. C-40/93 (*Royal Copenhagen*)). De Commissie oordeelt derhalve dat verzoekster ontvankelijk is in haar verzoek.'

Ook valt te wijzen op oordeel 2009-14. Een vrouwelijke winkelbediende in vaste dienst stelt dat haar collega's met ingang van 1 januari 2008 een loonsverhoging hebben gekregen, tengevolge waarvan haar collega's sindsdien een brutoloon ontvangen tussen 9,40 en 9,60 Euro per uur, terwijl de vrouw een brutoloon ontvangt van 8,90 Euro per uur. De vrouw lijdt aan fibromyalgie, een chronische ziekte, waardoor zij in tegenstelling tot haar collega's weinig op werk aanwezig was. Zij stelt echter voldoende aanwezig te zijn geweest in 2007 om te worden beoordeeld. De werkgever bestrijdt onderscheid te hebben gemaakt op grond van handicap of chronische ziekte. De reden om de werkneemster geen loonsverhoging toe te kennen was uitsluitend gelegen in haar langdurige afwezigheid, gevolgd door een periode waarin zij voornamelijk aangepaste werkzaamheden uitvoerde. Dit maakte het voor de werkgever onmogelijk te beoordelen of het functioneren van de werkneemster zodanig was dat zij een loonsverhoging verdiende. De werkgever geeft aan dat hij twee keer per jaar beoordelingsgesprekken met medewerkers voert. In de eerste helft van 2007 is werkneemster echter niet beoordeeld omdat zij een groot deel van deze beoordelingsronde afwezig was in verband met haar chronische ziekte. Na 3 september 2007 verrichtte de werkneemster aangepaste werkzaamheden, zoals het vouwen van handdoeken, maximaal een uur kassawerkzaamheden en het houden van toezicht. De werkgever kon daarom onmogelijk een deugdelijke beoordeling geven van de uitvoering door de werkneemster van haar functie.

De werkgever wijst er bovendien op dat de leidinggevende de prestaties van de werkneemster in de tweede helft van 2007 niet als 'goed' heeft gekwalificeerd, wat blijkt uit het beoordelingsformulier. De werkgever wijst voorts op de uitspraak van 5 november 2004 van de Commissie (2004-145), waarin de Commissie oordeelde dat niet in zijn algemeenheid kan worden gezegd dat een beoordelingssysteem leidt tot onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte, wanneer geen loonsverhoging wordt toegekend, indien iemands functioneren wegens verzuim niet kan worden beoordeeld. Mede op grond hiervan stelt de werkgever zich op het standpunt dat hij niet in strijd heeft gehandeld met de Wgbh/cz. Maar de Commissie laat zich niet vermurwen. Volgens haar gaat oordeel 2004-145 niet op voor die gevallen dat het ziekteverzuim een rechtstreeks gevolg is van handicap of chronische ziekte. Het niet

toekennen van een loonsverhoging leidt dan tot indirect onderscheid, zoals ook in de onderhavige casus aan de orde is. Voor dat indirecte onderscheid acht de Commissie na een aantal sterk op de feiten ingezoomde overwegingen geen rechtvaardiging aanwezig.

4 OORDELEN ONDERWIJS

In de drie oordelen over 2009 is vooral van belang wat er over de verplichting tot het verrichten van aanpassingen door de onderwijsinstelling wordt opgemerkt. Daartoe zal ik mij beperken. In paragraaf 3.3 is dit onderwerp al besproken in het kader van het overzicht van de oordelen over arbeid. Daarbij is ernaar gestreefd – zoals ook aangegeven – een meer algemeen overzicht te bieden door er ook oordelen over onderwijs bij te betrekken. In deze paragraaf zal de problematiek van aanpassingen beperkt blijven tot datgene wat specifiek voor het onderwijs geldt.

Wat is een doeltreffende aanpassing in het (beroeps)onderwijs? In lijn met een reeks van oordelen uit het verleden acht de Commissie een aanpassing doeltreffend, als daardoor personen met een handicap of chronische ziekte in individuele gevallen in staat worden gesteld deel te nemen of deel te blijven nemen aan het beroepsonderwijs, indien die deelname wordt bedreigd door de wijze waarop het beroepsonderwijs is ingericht, georganiseerd of anderszins geregeld (oordeel 2009-4). Voor het eigen aanbod van (hoger) beroepsonderwijs geldt een ongedeelde verantwoordelijkheid. Die verantwoordelijkheid is gedeeld als er sprake is van een externe stage. De Commissie spreekt in dat verband van een *zorgplicht* om de student in staat te stellen een externe stage te volgen. Wat die zorgplicht inhoudt en tot hoever die strekt wordt helder en uitvoerig uiteengezet in overweging 3.18 van oordeel 2009-109: 'Deze zorgplicht vloeit voort uit de verplichting voor verweerder (de instelling van hoger beroepsonderwijs, PZ) om geen onderscheid te maken bij het aanbieden van onderwijs. Deze verplichting geldt niet alleen ten aanzien van het kunnen volgen van beroepsonderwijs aan een onderwijsinstelling, maar ook ten aanzien van het kunnen opdoen van kennis en ervaring door middel van een stage. Het volgen van een stage is in het onderhavige geval bovendien een verplicht onderdeel van het door verweerder aangeboden onderwijs. Dit betekent dat op verweerder de verantwoordelijkheid rust om zeker te stellen dat een student met een handicap of chronische ziekte tijdens zijn (zelf gekozen) stage geen problemen ondervindt die verband houden met zijn beperkingen. Dat wil niet zeggen dat verweerder zelf moet zorgen dat bijvoorbeeld de stage-instelling toegankelijk is voor rolstoelgebruikers of voor visueel gehandicapten; dat is aan de stage-instelling zelf. Maar verweerder moet zich er wel van vergewissen dat de stage uitgevoerd kan worden gegeven de beperkingen van de student. En verweerder moet zich ervan vergewissen dat de stage-instelling op de hoogte is welke doeltreffende aanpassingen daarvoor eventueel nodig zijn.'

Is de onderwijsinstelling alleen verantwoordelijk voor de aanpassingen, waarom nadrukkelijk wordt verzocht? In oordeel 2009-109 stelde de onderwijsinstelling zich op het standpunt dat verzoekster heel goed zelf in staat was om de voor haar noodzakelijke aanpassingen te regelen. Verzoekster werd daarbij wel begeleid en gefaciliteerd, onder andere door de regelmatige gesprekken met de coördinator en andere docenten en door de beslissingen van de examencommissie. Volgens de onderwijsinstelling sluit het standpunt aan bij haar algemene doelstelling om de eigen verantwoordelijkheid en het eigen initiatief bij studenten te stimuleren. Maar terwijl de Commissie enige mate

van eigen verantwoordelijkheid bij de student niet afwijst, denkt zij over de gang van zaken een slag anders: 'Hoewel het niet zonder meer de taak van de aanbieder van onderwijs alleen is om alle doeltreffende aanpassingen te verrichten en om de afspraken daaromtrent na te komen, heeft verweerder naar het oordeel van de Commissie in het onderhavige geval de verantwoordelijkheid voor het verrichten van de doeltreffende aanpassingen te zeer bij verzoekster gelegd. Verzoekster moest zelf achter de naleving van de afspraken aan en het was aan haar om te melden dat de afspraken niet nagekomen werden: bij de tussentijdse evaluaties werd de daadwerkelijke uitvoering van de aanpassingen niet uitdrukkelijk aan de orde gesteld. Weliswaar heeft de coördinator haar collega's bij tijd en wijle aangespoord om de afspraken na te komen, maar, zoals zij zelf heeft verklaard, haar voornaamste taak was verzoekster te stimuleren om eigen verantwoordelijkheid te nemen ten aanzien van haar studie, waaronder de voor haar noodzakelijke aanpassingen. Verweerder heeft door deze handelwijze onvoldoende uitvoering gegeven aan zijn verantwoordelijkheid om doeltreffende aanpassingen te verrichten, zorg te dragen dat afspraken daarover worden nageleefd en oplossingen te zoeken als dat niet het geval is.'

Wie is in de onderwijsinstelling verantwoordelijk voor te treffen aanpassingen? Onderwijsinstellingen als zodanig, en bij instellingen voor hoger beroepsonderwijs is het niet anders, bestaan uit meerdere groepen van participanten die allen een eigen rol in het geheel kunnen spelen. Naast de studenten kunnen grofweg de docenten, managers en de bestuursorganen worden onderscheiden. Het ligt voor de hand dat (het algemene bestuur van) een instelling verantwoordelijk kan worden gehouden voor het gedrag van een docent. Maar heeft een docent ook eigen verantwoordelijkheden in het licht van de Wgbh/cz? De Commissie lijkt daar niet van uit te gaan. In oordeel 2009-62 klaagde de visueel gehandicapte verzoekster/student, die door chronische aandoeningen ook last had van concentratieproblemen, dat haar wens om bestuursrechtelijk af te studeren op veel weerstand stuitte. Zij wilde in het vak ruimtelijke ordening tentamen doen en bij dezelfde docent een scriptie schrijven. In lijn met een in februari 2007 door de examencommissie genomen beslissing, waarin de student werd toegestaan om de studiebelasting te mogen verminderen en spreiden, werden daartoe afspraken over begeleiding gemaakt. Op die afspraken kwam de docent na verloop van 5 maanden echter terug. De docent schortte begin april 2008 de begeleiding op in afwachting van een nieuwe schriftelijke beslissing van de examencommissie, op basis van een herbeoordeling van haar gezondheidstoestand, over de voor de student geldende aanpassingen. De Commissie stelt vast dat deze docent zijn boekje te buiten is gegaan. Hij was op grond van de beslissing van de examencommissie van februari 2007 verplicht met de student de aanpassingen voor het vak ruimtelijke ordening en het schrijven van een scriptie te bespreken en vast te leggen. Door zijn begeleiding eenvoudigweg op te schorten is de docent in de vervulling van die verplichting tekortgeschoten. Daarbij kan het het instellingsbestuur worden aangerekend dat het niet heeft ingegrepen en dat het aldus geen doeltreffende aanpassing heeft verricht.

5 TOT SLOT

De positie van personen met een handicap en chronische ziekte staat sinds enige tijd in het centrum van de belangstelling. Dat mag wellicht niet worden afgeleid uit het beperkte aantal oordelen dat ook weer afgelopen jaar op deze grond is gewezen, maar blijkt des te meer uit de grote bedrijvigheid die er op nationaal, Europees en internationaal niveau heerst om beleid en regelgeving ten gunste van de rechtsbescherming en maatschappelijke participatie van deze heterogene groep vorm te geven. De dynamiek van gelijkheid heeft een waarlijk streven naar groepsemancipatie op gang gebracht, waarvan het einde voorlopig nog niet in zicht is. Zo is de Wgbh/cz geen rustig bezit. De wet is recent aangebouwd met de domeinen wonen en funderend onderwijs. De ontsluiting van het domein openbaar vervoer vindt naar verwachting dit jaar plaats door de vaststelling van een amvb daaromtrent. De discussie over een volgende wettelijke uitbreiding met het domein goederen en diensten is in volle gang. Maar de Wgbh/cz staat niet op zichzelf. Er wordt verder op nationaal niveau, met de plannen over passend onderwijs, serieus werk gemaakt van de materialisering van het recht op onderwijs, in het bijzonder het recht op toegang tot reguliere scholen voor zorgleerlingen, van welke de groep van gehandicapten en chronisch zieken de kern vormt.

Op Europees en internationaal terrein trekken vooral de in voorbereiding zijn brede gelijkebehandelingsrichtlijn en de implicaties van (de ratificatie van) het VN Gehandicaptenverdrag de aandacht. Zeker van het verdrag kan een positieve invloed uitgaan op de wetgeving en het werk van de Commissie, doordat het een helder kader biedt voor begripsvorming en afweging.

In de oordelen van de Commissie springen er over de afgelopen periode niet echt zaken uit. De lijn is al redelijk uitgewerkt door de jaren heen. Wat vooral opvalt is dat recente oordelen laten zien dat het vraagstuk van redelijke aanpassingen tot een volwassen leerstuk is uitgegroeid.

Overzicht van oordelen 2009 over de grond handicap en chronische ziekte

2009-4

Grond: handicap of chronische ziekte
Terrein: arbeid
Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Hogeschool weigert vrouw met handicap toegang tot beroepsopleiding.

Een vrouw met een handicap klaagt erover dat zij niet is ingeschreven als student bij een beroepsopleiding aan een hogeschool. Zij is wel toegelaten als cursist (aspirant-student), maar is tweemaal gezakt voor het toelatingsonderzoek dat zij moest afleggen omdat zij niet over de vereiste vooropleiding beschikte. De Commissie oordeelt dat het onderzoek niet onnodig bezwarend is geweest voor de vrouw, gelet op haar handicap. De vrouw stelt dat er geen aanpassingen voor haar verricht zijn tijdens het eerste onderzoek. Zij kreeg toen geen laptop ter beschikking. De school voert aan dat de vrouw hiervoor ook geen officiële aanvraag heeft gedaan. In tweede instantie heeft de vrouw wel een laptop gekregen. De Commissie oordeelt dat de school heeft mogen concluderen dat de vrouw niet geschikt is voor de opleiding. De vrouw meent voorts dat zij discriminatoir bejegend is. De school zou geen rekening met haar hebben gehouden tijdens de introductiedag, haar verweten hebben lastig te zijn en haar onvoldoende begeleid hebben. De hogeschool betwist dit alles gemotiveerd. Ook was de vrouw veel afwezig en heeft zij in de maanden dat zij als cursist studeerde, in het geheel geen studiepunten behaald, zodat zij hoe dan ook voor de opleiding zou zijn afgewezen. Geen verboden onderscheid.

2009-14

Grond: handicap of chronische ziekte
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Onderscheid op grond van chronische ziekte door niet toekennen loonsverhoging.

Een werkgever kent een medewerker geen loonsverhoging toe, omdat zij, vanwege een langdurig verzuim en het deels verrichten van aangepaste werkzaamheden, geen positieve beoordeling heeft gekregen. Het verzuim en de aangepaste werkzaamheden hangen rechtstreeks samen met verzoeksters chronische ziekte, fibromyalgie. De Commissie oordeelt dat sprake is van indirect onderscheid op grond van handicap/chronische ziekte dat niet objectief gerechtvaardigd is. Verboden onderscheid.

2009-20

Grond: handicap of chronische ziekte
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Vrouw discriminatoir bejegend op grond van chronische ziekte.

Een vrouw van 47 jaar oud werkt sinds 1979 bij een verzekeraar. Voor het grootste deel van die periode was zij werkzaam als leidinggeverende. In 2004 openbaarde zich borstkanker bij deze vrouw. Na behandeling en een operatie is zij in 2005 weer gestart met werken. Zij volgde in 2007 een deel van een opleiding waarbij zij expertise met betrekking tot toekomstige reorganisaties opdeed. Deze heeft zij afgebroken toen in 2007 bleek dat er sprake was van uitzaaiingen van de borstkanker. Zij bleek ongeneeslijk ziek te zijn. Zij wilde graag terug naar de afdeling waar zij het grootste deel van haar carrière gewerkt had, welk verzoek geho-

noreerd werd. Ze kreeg de functie van stafmedewerker en kreeg een "vrije opdracht" knelpunten binnen de organisatie te signaleren en oplossingen daarvoor te implementeren. In de loop der tijd bleek dat zij steeds meer geïsoleerd werd en genegeerd. Ze kreeg geen aansturing en werd niet of nauwelijks uitgenodigd voor formele en informele bijeenkomsten. Haar werkgever voldeed niet aan de verplichtingen op grond van de Wet verbetering poortwachter. Van een verzuimdossier of een reïntegratieplan was geen sprake. Daarom werd de maximale sanctie door het Uitvoeringsorgaan werknemers Verzekering opgelegd: de werkgever diende het loon van de vrouw een jaar lang door te betalen. De vrouw voert bij de Commissie aan dat geen doeltreffende aanpassingen zijn verricht. De Commissie oordeelt dat het artikel waar de vrouw zich op beroept, niet van toepassing is op een verandering van functie. De vrouw voert voorts aan dat zij discriminatoir bejegend is. De Commissie oordeelt dat verboden onderscheid is gemaakt door het niet nakomen van de Wet verbetering poortwachter. Voorts stelt de Commissie vast dat de vrouw geïsoleerd en genegeerd is en dat haar werkgever hiervoor als excuus aanvoert dat hij haar wilde ontzien. Verboden onderscheid.

2009-38

Grond: handicap of chronische ziekte
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid; strijd met wet; geen verboden onderscheid

Samenvatting:
Gemeente maakt verboden onderscheid op grond van handicap door arbeidsverhouding te beëindigen.

Een man is op basis van elkaar opvolgende detacheringsovereenkomsten ruim vijf jaar werkzaam geweest bij een gemeente op de afdeling post- en archiefzaken. De man heeft sociale beperkingen. Volgens de gemeente is de man vanwege zijn beperkingen niet geschikt om na de reorganisatie werkzaam te blijven op de afdeling. De wet kent als uitgangspunt dat geen sprake is van onderscheid indien de arbeidsverhouding wordt beëindigd, omdat een persoon vanwege zijn handicap niet in staat is om essentiële taken van de functie uit te oefenen. Dit laat onverlet de verplichting van de werkgever doeltreffende aanpassingen te verrichten in welk geval de betrokkene wel geschikt moet worden geacht deze taken te vervullen zij het onder aangepaste omstandigheden. De Commissie sluit niet uit dat de

eisen waaraan werknemers moeten voldoen na de reorganisatie hoger liggen. De gemeente heeft echter niet onderzocht of laten onderzoeken of de man hieraan zou kunnen voldoen. Evenmin is de man in staat gesteld om te laten zien of hij in staat is om uitvoering te geven aan de werkzaamheden na de reorganisatie. Voorts geldt dat er nooit aanmerkingen of klachten zijn geweest over het functioneren van de man. De Commissie is van oordeel dat verweerder niet aannemelijk heeft gemaakt dat verzoeker niet geschikt was om na de reorganisatie op de afdeling post- en archiefzaken te blijven werken. Als is gebleken dat een werknemer met een handicap of chronische ziekte in beginsel geschikt is voor de uitoefening van de functie, geldt het verbod om onderscheid te maken op grond van de handicap van de werknemer onverkort. Dit betekent dat de gemeente jegens de man verboden onderscheid op grond van handicap heeft gemaakt door de arbeidsverhouding met hem te beëindigen vanwege zijn handicap. Daarnaast heeft de gemeente in strijd gehandeld met de wet door niet te (laten) onderzoeken of de man met (een) individuele aanpassing(en) wel geschikt was geweest. De man heeft voorts geklaagd over discriminatoire bejegening. De Commissie is van oordeel dat de opmerkingen, voor zover de bewoordingen, de bedoeling en de context daarvan zijn komen vast te staan -afgezien van de vraag of deze als gepast en respectvol kunnen worden aangemerkt- niet discriminerend zijn.

2009-50

Grond: handicap of chronische ziekte
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:
Onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte bij afwijzing voor functie vanwege gehoorandoening.

Een vrouw heeft bij een verzekeraar gesolliciteerd naar de functie van helpdeskmedewerker. Zij heeft een gehoorandoening als gevolg waarvan het gehoor in haar linkeroor achteruit gaat. Tijdens het sollicitatiegesprek komt aan de orde dat zij last had van ruis in haar oren in de periode dat zij als docent Engels werkte, als gevolg waarvan zij met dit werk is gestopt. De handicap van de vrouw is voor de verzekeraar reden geweest om haar af te wijzen. De verzekeraar is tot de conclusie gekomen dat de vrouw, vanwege de problemen die zij in het verleden als gevolg van haar gehoorandoening heeft ervaren, ongeschikt is voor de functie van helpdeskmedewerker. De verzeke-

raar is tot deze conclusie gekomen zonder overleg met de vrouw en zonder daarover een deskundige te raadplegen. Tevens heeft de verzekeraar zonder overleg geconcludeerd dat geen doeltreffende aanpassingen voorhanden zijn die voor hem geen onevenredige belasting zouden vormen. De verzekeraar heeft daarom met de afwijzing verboden onderscheid gemaakt op grond van handicap of chronische ziekte.

2009-56

Grond: handicap of chronische ziekte
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:

Ziekenhuis maakt verboden onderscheid op grond van vermeende handicap bij besluit om een vrouw af te wijzen voor functie van leerling-verpleegkundige.

Een vrouw stelt dat zij door een ziekenhuis is afgewezen voor de functie van leerling-verpleegkundige vanwege een vermeende handicap. De vrouw had een aangeboren afwijking aan haar knieën, waarvoor zij is geopereerd. Na de operaties ondervindt zij geen klachten meer. De vrouw stelt dat het ziekenhuis haar desondanks heeft afgewezen vanwege de voormalige knie-afwijking. De Commissie oordeelt dat een e-mail van het ziekenhuis, waarin zij schrijft dat de knie-afwijking niet de enige reden was voor de afwijzing, kan doen vermoeden dat jegens de vrouw onderscheid op grond van een vermeende handicap is gemaakt. Het ziekenhuis heeft dit vermoeden niet kunnen weerleggen en heeft daarom verboden onderscheid op grond van handicap gemaakt.

2009-57

Grond: handicap of chronische ziekte; ras
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid; geen verboden onderscheid

Samenvatting:

Werkgever voldoet niet aan onderzoeks-plicht op grond van WGBH/CZ ten aanzien van passendheid functie en eventuele noodzakelijke doeltreffende aanpassingen tijdens re-integratietraject werknemer. Niet is gebleken dat de afkomst van de werknemer een rol heeft gespeeld in de wijze waarop hij is behandeld.

Een man van Turkse afkomst heeft een nek-hernia. Hij moet zich om die reden meerdere malen ziek melden bij zijn werkgever. Hij komt daardoor in een re-integratietraject terecht waarin de uitkomst is dat hij herplaatst moet worden naar een andere (minder bezwarende) functie. De man stelt dat zijn werkgever onzorgvuldig heeft gehandeld tijdens zijn re-integratietraject en dat zijn werkgever collega's die ook een nek-hernia hebben, beter behandelde dan hij terwijl zij in een vergelijkbare situatie verkeerden. Allereerst constateert de Commissie dat de verplichtingen onder de Wet Poortwachter niet onder de reikwijdte van de WGBH/CZ vallen. De beoordeling of een werkgever voldoende heeft onderzocht of een functie die in het kader van een re-integratietraject wordt aangeboden al dan niet passend is en/of er eventueel doeltreffende aanpassingen noodzakelijk zijn, behoort wel tot de reikwijdte van de WGBH/CZ. In casu heeft de werkgever onzorgvuldig gehandeld bij de beoordeling of een nieuwe functie al dan niet passend was voor de man, rekening houdend met zijn nek-hernia. Hierdoor heeft de werkgever in strijd gehandeld met het verbod van onderscheid op grond van handicap/chronische ziekte. Voorts heeft de man niet voldoende feiten aangevoerd die kunnen doen vermoeden dat hij vanwege zijn afkomst anders werd behandeld dan zijn andere collega's met een nek-hernia.

2009-62

Grond: handicap of chronische ziekte
Terrein: beroepsonderwijs
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:

Hogeschool heeft chronisch zieke studente onvoldoende aanpassingen geboden.

Een chronisch zieke vrouw klaagt erover dat een hogeschool haar tijdens haar studie onvoldoende aanpassingen heeft geboden. Zij heeft visuele klachten, pijn en andere klachten. Zij volgde vanaf december 2004 een duale deeltijdstudie HBO-rechten. De vrouw vroeg formeel in april 2005 in verband met haar functiebeperkingen om aanpassingen tijdens de studie. Het ging met name om extra tijd voor haar tentamens. In oktober 2005 werd dit verzoek door de school gehonoreerd. In het vervolg van haar studie, mede naar aanleiding van toenemende klachten, verzocht zij om nog nadere aanpassing in het kader van vermindering en spreiding van de studiebelasting. Bij brief van 15 februari 2007 werden de gevraagde voorzieningen toegekend. In de loop der

Een werknemster bij een recreatiepark lijdt aan een heupaandoening. Zij werkt een paar uur per week naast haar studie. In de loop der tijd krijgt zij steeds meer last van haar aandoening. Ze doet het verzoek aan haar werkgever tot een aanpassing te komen door haar toe te staan in een rolstoel te werken. De werkgever stelt voor dat zij krukken gaat gebruiken, wat gebeurt. De werkgever doet tevens nader onderzoek, maar overlegt niet met de vrouw. Op grond van zijn eigen denkbbeelden gaat hij

ervan uit dat ingrijpende aanpassingen van de werkplek moeten worden verricht in verband met het gebruik van een rolstoel die het bedrijf te zwaar belasten. Hij koppelt dit niet terug aan de vrouw. De ziekte van de vrouw verloopt progressief. Na een half jaar verzoekt zij nogmaals te kunnen werken in een rolstoel. Zij ziet hier allerlei mogelijkheden voor zonder verdere ingrijpende aanpassingen, maar wordt meteen afgeknapt door haar direct leidinggevende die abrupt “nee” zegt. Als resultaat vraagt de vrouw haar ontslag aan. De Commissie oordeelt dat de werkgever niet heeft voldaan aan zijn verplichting te onderzoeken welke aanpassingen nodig en mogelijk waren. Er worden aan de vrouw wel alternatieve functies aangeboden, maar dit geldt volgens de wet niet als doeltreffende aanpassing: doeltreffende aanpassingen dienen op de eigen functie gericht te zijn. Verboden onderscheid.

2009-102

Grond: handicap of chronische ziekte
Terrein: arbeid
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:

School maakt onderscheid op grond van chronische ziekte door niet te onderzoeken of het onvoldoende functioneren van een conciërge door zijn chronische ziekte wordt veroorzaakt.

Een man werkt als conciërge voor een school. Hij heeft een tijdelijk contract voor de duur van een jaar. Dit contract wordt verlengd, weer voor een jaar. Enkele weken na het begin van de nieuwe termijn en daags nadat verzoeker terugkeert na een ziekteverzuim van drie weken, deelt de directeur hem mee dat zijn contract niet nogmaals zal worden verlengd. De reden daarvoor is dat de man, volgens de school, niet goed met mensen kan omgaan. De school meent dat hij te veel conflicten heeft met collega's, leerlingen en ouders. De man lijdt aan een chronische aandoening die zijn hormoonhuishouding ontregelt. Omdat hij in die periode nog zoekende was naar de juiste medicijnen, had hij last van klachten in verband met deze aandoening. Deze klachten waren onder meer ernstige vermoeidheid, stemmingswisselingen en karakterveranderingen. De man heeft dit aan de directeur en zijn collega's meegedeeld in een e-mail die hij heeft verzonden toen hij zich ziek meldde. Hij heeft bij die mail informatie gevoegd over zijn aandoening en de klachten die dat veroorzaakt. Ook heeft hij al eerder bij de directeur aangekaart dat hij ernstig vermoeid was en dat vooral één onderdeel van zijn functie, de

alarmwacht, hem opbrak. De school heeft echter niet onderzocht in hoeverre de aandoening van de man van invloed was op zijn functioneren, noch of hij, als de medicijnen zouden aanslaan en/of als hij geen alarmwacht meer zou hoeven doen, wel goed zou functioneren. De Commissie is van oordeel dat daar wel aanleiding toe bestond. Daarom heeft de school verboden onderscheid gemaakt op grond van handicap of chronische ziekte jegens de conciërge.

2009-109

Grond: handicap of chronische ziekte
Terrein: onderwijs
Dictum: verboden onderscheid

Samenvatting:

Een school laat de verantwoordelijkheid voor doeltreffende aanpassingen en voor een discriminatievrije school te zeer bij een blinde student: verboden onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte.

Een student met een visuele handicap heeft met haar onderwijsinstelling, een hogeschool, afspraken gemaakt met betrekking tot doeltreffende aanpassingen. De student stelt dat de afspraken slecht worden nagekomen en dat de school haar daarbij niet helpt. Daarnaast stelt de student dat de school ten onrechte vasthoudt aan stage-vereisten waaraan zij, vanwege haar handicap niet kan voldoen, waardoor zij haar stage moest afbreken. Ten slotte stelt de student dat de school haar niet heeft geholpen bij het aankaarten van de uitsluiting die zij vanwege haar handicap ondervond van haar medestudenten.

De Commissie is met de student van oordeel dat de school onvoldoende verantwoordelijkheid heeft genomen ten aanzien van de naleving van de afspraken omtrent doeltreffende aanpassingen. De school heeft de student niet anders willen behandelen dan niet-gehandicapte studenten om zo stigmatisering te voorkomen. Hoewel goede bedoeld, is de school hierdoor voorbij gegaan aan de specifieke behoefte van een student met een beperking. Ditzelfde geldt ten aanzien van de stage: door niet bij de stage-instelling te informeren of de student in verband met haar handicap wel stage kon verrichten en of eventuele doeltreffende aanpassingen nodig waren, heeft de school onvoldoende uiting gegeven aan de verantwoordelijkheid van onderwijsinstellingen voor studenten met een handicap. Met betrekking tot het zorg dragen voor een discriminatievrije onderwijsomgeving is de Commissie van oordeel dat de school meer alert had moe-

ten zijn op de mededelingen van de student dat het haar zelf niet lukte om de door haar gevoelde uitsluiting aan te kaarten bij haar medestudenten. Ook had de school onderzoek moeten doen naar de klachten van de student en het niet aan de student alleen moeten overlaten om haar klachten op te lossen.

2009-127

Grond: handicap of chronische ziekte

Terrein: arbeid

Dictum: geen verboden onderscheid

Samenvatting:

Bovengrensindicatie als voorwaarde stellen aan Wsw-er om in aanmerking te komen voor reguliere baan is niet in strijd met de wet.

Een man werkt al jaren in het kader van de Wet sociale werkvoorziening als financieel medewerker. Bij de organisatie werken naast

Wsw-ers ook mensen in reguliere banen in dienst van een stichting. De man solliciteert naar de extra vrijgekomen formatieplaats van financieel medewerker bij deze stichting. Om te kunnen solliciteren stelt de werkgever als voorwaarde dat de man een herindicatie aanvraagt bij het UWV, dit weigert de man. De man vindt dat hij ongelijk behandeld wordt op grond van chronische ziekte omdat hij als Wsw-er wordt afgewezen voor een reguliere baan bij de stichting. De Commissie stelt vast dat iedereen in principe kan solliciteren naar de betreffende functie. Er is dan ook geen sprake van onderscheid op grond van handicap of chronische ziekte. De door de werkgever gestelde voorwaarde doet hier niet aan af. Uit de Wsw volgt dat een Wsw-indicatie niet verenigbaar is met een reguliere baan. Wel meent de Commissie dat verweerder onduidelijk en onzorgvuldig met verzoeker heeft gecommuniceerd over de kwestie. In dit geval leidt dit echter niet tot strijd met de wet.